

Tijana Šurlan*

Revizija Ustava Republike Srbije u svetlosti internacionalizacije ustavnog prava

Sadržaj

1. Uvodna razmatranja

2. Faktička internacionalizacija ustavnog prava Srbije

- 2.1. Evropski sud za ljudska prava
- 2.2. Venecijanska komisija
- 2.3. Evropska unija

3. Normativna internacionalizacija ustavnog prava Srbije

- 3.1. Izraz „opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava“ kao unikum Ustava Srbije
- 3.2. Restriktivnost izraza „potvrđeni međunarodni ugovor“ u Ustavu Srbije

4. Značaj i uticaj međunarodnog prava na revizionu vlast - zaključna razmatranja

1. Uvodna razmatranja

Srbija pripada kategoriji država sa čestim ustavnim promenama. Buran život srpskog naroda, česte promene državnosti, te državnog i društvenog uređenja neminovno su se odrazile i na intenzivnu produkciju ustava. U aktuelnom trenutku, kada se sasvim izvesno Srbija nalazi pred novim ustavnim promenama, ponovo se otvara čitav niz problemskih tema. Sa stanovišta teme ovog rada osnovno pitanje koje generiše dalju raspravu je - kako se u 21. veku kreira pravni poredak jedne države? Da li su zaista savremene države potpuno slobodne da same po svojoj volji i svojoj meri kreiraju svoj pravni poredak ili pak postoje spoljašnji uticaji koji su isti na sve države? I uostalom – kako treba razumeti slobodu volje, gde su njene granice?

Teza na kojoj počiva predstojeći rad je da ustavno pravo nastaje i deluje u sprezi sa, *inter alia*, međunarodnim pravom. U kontekstu napred postavljenih pitanja - kreiranje ustava nije aktivnost koja počiva na „beloj strani papira“. Savremene države već dugo žive zajedno, u čvršćoj ili slabijoj sprezi, boljoj ili lošijoj saradnji. Stoga, ni jedna savremena država više nije slobodna da kreira svoj život ne mareći na pravne aranžmane koje je sačinila sa drugim državama.

* Autorka je doktor pravnih nauka i sudija Ustavnog suda Republike Srbije.

Formalnijim rečnikom rečeno, u kontekstu teme ovog rada, proces koji neminovno i bitno utiče na proces revizije ustava je internacionalizacija ustavnog prava. Internacionalizacija, iako terminološki sasvim prihvaćena u pravnoj nauci (mada se može razmatrati kao politikološki ili sociološki pojam), u pojmovnom smislu nije jasno definisana. Terminom internacionalizacije uopšteno se označava pojava ili proces uticaja međunarodnog prava na ustavno pravo. No, kako sama pojava tj. proces nije jednoznačan i jednoslojan, utoliko i pojam internacionalizacije ustavnog prava nije ujednačenog i jasnog sadržaja.¹ S obzirom na uticaj koji neminovno vrši na reviziju Ustava internacionalizacija ustavnog prava zaslužuje da bude detaljnije sagledana i objašnjena.

Tema internacionalizacije ustavnog prava u savremenoj literaturi pojavljuje se relativno često i od strane većeg broja autora.² Duh u kome se govori o internacionalizaciji je modernistički, podrazumevajući da se razmatra pojava koja je nova, savremena, posledica ubrzanja života, smanjenja sveta, globalizacije. Kod nas posebno, pojava internacionalizacije ustavnog prava ne retko se identifikuje sa procesom pristupanja Evropskoj Uniji.³ Postoji jaka struja shvatanja, i u sferi prava i u sferi politike, da se predstojeće ustavne promene vrše kao sastavni deo pristupnih pregovora sa Evropskom unijom, a da su promene koje treba izvršiti u Ustavu Republike Srbije već unapred pripremljene i date, sugerisane i komentarisane od strane većeg broja međunarodnih vladinih i nevladinih organizacija.

Nije zgoreg istaći da proces internacionalizacije ustavnog prava ipak nije nov proces, niti samo savremen trend.⁴ Uticanje međunarodnog prava na nacionalne pravne poretke suštinski je

¹ C. M. Fombad, Internationalisation of Constitutional Law and Constitutionalism in Africa, *The American Journal of Comparative Law*, 60/2012, ss. 439-473.

² Npr. Međunarodna akademija za ustavno pravo (l'Académie internationale de droit constitutionnel) kontinuirano se bavi ovom temom, održavanjem seminara, kurseva, objavljivanjem radova, videti npr. poseban tematski broj *Recueil des Cours*, L'internationalisation du droit constitutionnel, *Recueil des Cours Academie de Droit International* 2007. Frankofonska literatura npr. H. Tourard, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Paris 2000; R. Goy, Sur l'origine extranationale de certaines constitutions, u: *Droit constitutionnel*, Paris/Montchrestien 2000, ss. 37-43; D. Maus, L'influence internationale sur l'exercice du pouvoir constituant, u: *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris 2001, ss. 87-102; N. Maziau, Les constitutions internationalisées: aspects théoriques et essai de typologie. Le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste, *Revue Generale de Droit International Public*, 2002-3, ss. 549-579. Anglofonska literatura npr. V. S. Vereshchetin, New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law, *European Journal of International Law*, 7/1996, ss. 29-41; W. C. Chang/J. R. Yeh, Internationalization of constitutional law, u: Michael Rosenfeld, Andras Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012; C. M. Fombad, Internationalisation of Constitutional Law and Constitutionalism in Africa, *The American Journal of Comparative Law*, 60/2012, ss. 439-473; S. Bartole, *International Constitutionalism and Conditionality, The Experience of the Venice Commission*, Contributo presentato a seguito del call for papers della ICON.S 2014 – Inaugural Conference Firenze Giugno 26 - 28, 2014, *Rivista* 4/2014.

³ V. Beširević, Put bez povratka? Od nacionalne države do globalnog konstitucionalizma, *Pravni zapisi*, Beograd 1/2015, ss. 214-226.

⁴ Kao ilustraciju navedene tvrdnje navešću nekolicinu radova čija produkcija prikazuje dugotrajnost teme. Doajen negovanja misli o internacionalizaciji ustavnog prava Boris Mirkine-Guetzvitč veći broj svojih radova posvetio je ovoj temi: B. Mirkine-Guetzvitč, Droit international et droit constitutionnel, *Recueil des Cours Academie de Droit International*, 38/1931-IV, ss. 367-465; *Droit constitutionnel international*, Paris, 1933; *Le droit constitutionnel dans ses rapports avec le droit international*, Paris 1932; Les tendances internationales des constitutions modernes, *Revue Generale de Droit International Public*, 3-4/1948, ss. 375-386. Iz perioda 30-ih godina XX veka treba napomenuti rad čuvenog pravnika G. Scell, Le droit constitutionnel international, u: *Mélanges Carré de Malberg*, Paris 1933. Potom, nešto kasnije objavljuju se sledeći radovi: P. De Visscher, Les tendances internationales des

otpočelo samim nastajanjem međunarodnog prava. Međunarodno pravo u osnovi nastaje na odricanju država od dela svog suvereniteta i uspostavljanju međunarodnih normi kojima se reguliše ponašanje država, kako u njihovim međusobnim odnosima, tako i unutar nacionalnih pravnih sistema. Kako se suverenitet u svim njegovim pojavnim oblicima određuje u ustavu, jasno je i da je proces internacionalizacije ustavnog prava otpočeo sa procesom nastajanja međunarodnog prava. Ovako ekstenzivno postavljen koncept, treba konstatovati, primenjiv je na sve oblasti nacionalnih prava u kojima je kao pandan nastajalo međunarodno pravo.

Uticaj međunarodnog prava na ustavno pravo, sa stanovišta međunarodnog prava, pojavljuje se u najširem smislu, u vidu prenošenja principa i vrednosti, oko kojih države postignu dogovor na međunarodnom nivou, u ustave. Svrha i cilj internacionalizacije su harmonizacija ustavnog prava sa međunarodnim pravom, kao i harmonizacija ustava većeg broja država. Krajnji cilj ovog procesa je kreiranje uspešne i funkcionalne države.

Iz ugla ustavnog prava, pak, mogu se čuti i skeptični komentari. Dok internacionalisti ne nalaze mane ovom procesu, konstitucionalisti postavljaju pitanja i sumnje - da li internacionalizacija utiče na nezavisnost države tj. odriče pravo narodu da sam po svojoj meri napravi svoj osnovni pravni dokument; da li je ovo put za potpuno prevladavanje međunarodnog uticaja nad nacionalnim pravom? Konstitucionalisti koji nerado gledaju na proces internacionalizacije koriste i drugačiji termin za ovu pojavu – umesto internacionalizacije govore o denacionalizaciji ustavnog prava, pri čemu nacionalni ustavi prestaju da budu simbol *par excellence* nacionalne nezavisnosti i ponosa i pretvaraju se u dirigovane unapred pripremljene pravne tekstove.⁵

Da međunarodno i ustavno pravo nisu u rivalskom odnosu nadjačavanja, govori postojanje obrnutog smera uticaja – konstitucionalizacija međunarodnog prava. Iako bi na prvi pogled moglo izgledati da se radi o prostoj igri reči, zapravo se radi o dva odvojena procesa. Ustavno-pravni pristup kreiranja osnovnih principa funkcionisanja zajednice ljudi (naroda) prenosi se na teren međunarodnog prava u potrazi za kreiranjem principa funkcionisanja međunarodne zajednice. Iako tema konstitucionalizacije međunarodnog prava ne može biti uvrštena u ovaj rad, kao osnovnu naznaku toka ovog procesa treba navesti prepoznavanje duha ustavnog prava u međunarodnom pravu konkretno u osnovnim načelima Povelje UN (član 2.), u Deklaraciji UN o prijateljskim odnosima i saradnji između država u skladu sa Poveljom UN od 1970. godine, u Završnom Helsinškom aktu KEBS-a od 1975. godine.

Kao poseban oblik, internacionalizacija ustavnog prava pojavljuje se u materiji ljudskih prava. Bez zadržke se može konstatovati da se u procesu internacionalizacije ustavnog prava najdalje otišlo u oblasti ljudskih prava. Materija ljudskih prava uporedo se razvijala u ustavnom pravu i u međunarodnom pravu, da bi u savremenom pravu ove discipline postojale i funkcionisale u tako tesnoj sprezi da istovremeno predstavljaju primer i internacionalizacije ustavnog prava i konstitucionalizacije međunarodnog prava.

Najkonkretniji primer konstitucionalizacije međunarodnog prava predstavlja Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama od 1950. godine. Konvencija nije ustav u pravno-tehničkom smislu, ali se neretko smatra da vrši funkciju ili pak svojstvo ustavnog

constitutions modernes, *Recueil des Cours Academie de Droit International*, 80/1952-I; L. Delbez, Le concept d'internationalisation, *Revue Generale de Droit International Public*, I/1967, ss. 5-43; A. Cassese, Modern Constitutions and International Law, *Recueil des Cours Academie de Droit International*, 192/III/1985, ss. 331-475.

⁵ Fombad (bel. 1), ss. 439-473.

instrumenta.⁶ Sam Evropski sud za ljudska prava, u jednoj svojoj presudi, izneo je ovakvu konstataciju kao opšteprihvaćeno stanovište.⁷ Bivši predsednik Suda Luzius Wildhaber, i u vreme svog predsedničkog mandata, a i kasnije promovisao je ideju konstitucionalizacije Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i posebno Evropskog suda za ljudska prava.⁸ Ljudska prava, uopšteno, u svojoj ukupnosti dovode do postavljanja pitanja – da li je u savremenom svetu došlo do kreiranja međunarodnog ustavnog prava?⁹

U okviru uvodnih razmatranja samog procesa internacionalizacije važno je razgraničiti postojanje njegova dva aspekta. Internacionalizacija ustavnog prava postoji kao faktička internacionalizacija i kao normativna internacionalizacija. Oba ova vida internacionalizacije deluju istovremeno i sinhronizovano. Ipak, da bismo bolje razumeli uticaj na dalju internacionalizaciju koja će neminovno biti izražena u predstojećem postupku revizije Ustava, treba naglasiti da faktička internacionalizacija počiva na normativnoj internacionalizaciji. Rečeno konkretnijim rečnikom, da bi međunarodno pravo delovalo i imalo uticaja na proces revizije ustavnog prava, država prevashodno treba da izvrši normativnu pripremu, odnosno da se obaveže normama međunarodnog prava, koje potom primenjujući ih dovodi do faktičke internacionalizacije.

2. Faktička internacionalizacija ustavnog prava

Pod izrazom faktička internacionalizacija ustavnog prava treba razumeti primenu i delovanje međunarodnog prava u domenu materije ustavnog prava. Faktička internacionalizacija počiva na normativnoj internacionalizaciji, odnosno na normama međunarodnog prava kojima se država obavezala na određena prava, obaveze, pravne odnose ili procese u materiji ustavnog prava. Faktička internacionalizacija živ je proces i konstantna aktivnost. Njeno postojanje manifestuje se najdirektnije kroz rad međunarodnih organizacija koje u svojoj nadležnosti imaju teme koje pripadaju domenu ustavnog prava.

Zadržimo se, za potrebe ovog rada, prevashodno na primeru Saveta Evrope. Srbija je, u odnosu na ostale države Evrope, kasno postala članica Saveta Evrope.¹⁰ U vreme učlanjenja Srbije u ovu organizaciju njena fizionomija je bila već potpuno izgrađena i ustaljena, sa bogatim iskustvom uticanja na život država i njihove pravne poretke. U pogledu Evropske konvencije za ljudska prava i rada Evropskog suda za ljudska prava situacija je takođe bila sasvim jasna. Do tada je već bilo usvojeno 13 Protokola, među kojima i Protokol 11 (1998) kojim je Evropski sud za ljudska prava preuzeo kompletnu kontrolnu ulogu. U periodu od stupanja na snagu Evropske konvencije za ljudska prava u odnosu na Srbiju, usvojeni su još samo Protokol 14 i Protokol 14bis, dok je u toku postupak stupanje na snagu protokola 15 i 16. Učlanjenje Srbije u Savet Evrope 2003.

⁶ Beširević (bel. 3), s. 218; J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava – Strasbourgški Acquis*, Zagreb 2013, s. 5.

⁷ Evropski sud za ljudska prava, Slučaj Loizidou protiv Turske, Presuda po prethodnim prigovorima od 23. 03. 1995, st. 75.

⁸ L. Wildhaber, A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?, *Human Rights Law Journal*, 23/2002, ss. 161-165; S. Greer/L. Wildhaber, Revisiting the Debate About “constitutionalising” the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 4/2012, ss. 655-687.

⁹ H. Tourard, *L’Internationalisation des constitutions nationales*, Paris 2000; J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein, *The Constitutionalisation of International Law*, Oxford 2009; Bartole (bel. 2).

¹⁰ Srbija je 45. članica Saveta Evrope počev od 2003; posle Srbije učlanjeni su Monako 2004. i Crna Gora 2007.

godine i ratifikacija Evropske konvencije o ljudskim pravima direktno su uticali na tadašnju revizionu vlast i formulisanja pojedinih odredaba Ustava Republike Srbije usvojenog 2006. godine.

Jedna od upadljivih direktnih posledica obavezivanja ovom Konvencijom je iskazana u Ustavu Srbije od 2006. godine uvođenjem u pravni sistem ustavne žalbe. Na ovaj način Srbija je duboko zakoračila u proces internacionalizacije svog pravnog sistema i podvrgla se posle normativne i intenzivnoj faktičkoj internacionalizaciji. Aktuelni Ustav Srbije, u delu posvećenom ljudskim pravima, izvrstan je primer internacionalizacije ustavnog prava. Ona se ne ogleda samo u uvođenju obimnog kataloga ljudskih prava, već i u obavezi neposredne primene međunarodnog prava. Posebno je važno istaći član 18 Ustava Republike Srbije o neposrednoj primeni ljudskih i manjinskih prava, a za temu ovog rada posebno stav 3 u kome se tumačenje odredaba ljudskih i manjinskih prava ima vršiti, *inter alia*, saglasno „praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje“. Međunarodnih institucija koje imaju nadležnost nad nadziranjem sprovođenja, primene i tumačenja ljudskih prava u Srbiji ima značajan broj, sa različitim dejstvom stavova i odluka koje donose. Po značaju i stepenu uticaja izdvaja se Evropski sud za ljudska prava.

2.1. Evropski sud za ljudska prava

Sa sigurnošću se može tvrditi da u vreme nastajanja Saveta Evrope nije se znalo do kog će se obima organizacija razviti niti kakav će uticaj u Evropi, i to posebno u materiji ljudskih prava, ona imati.¹¹ Organizacija osnovana neposredno posle Drugog svetskog rata i od strane svega deset država, fantastičan je primer evolucije međunarodnog organizma i menjanja njegove uloge i domašaja njegovih dejstava.¹² Isto se može konstatovati za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, fundamentalni dokument Saveta Evrope. Vrlo je teško i zamisliti da su redaktori Konvencije mogli pretpostaviti da će Konvencija steći status neformalnog evropskog ustava, a Evropski sud za ljudska prava biti razmatran kao Ustavni sud Evrope.¹³

Sam tekst Konvencije ne bi bio predmet razmatranja sa stanovišta faktičke internacionalizacije ustavnog prava, da njome nisu kreirana tela primene Konvencije. Ne ulazeći u genezu nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava, današnji Sud je međunarodno telo sa *de facto* nadležnošću iznad nacionalnih sudova. Nadležnost Suda da rešava sporove, primenjujući i

¹¹ J. Valears, Constitutional Versus International Protection of Human Rights: Added Value or Redundancy? The Belgian Case, in the light of the Advisory Practice of the Venice Commission, *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 77/2016, ss. 265-296; A. S. Sweet/H. Keller, The Reception of the ECHR in National Legal Orders, u: H. Keller/A. S. Sweet (eds), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008, ss. 3-26.

¹² Londonski ugovor kojim je osnovan Savet Evrope potpisan je 05. 05. 1949. godine od strane Belgije, Danske, Francuske, Irske, Italije, Luksemburga, Holandije, Norveške, Švedske i Velike Britanije. Danas Savet Evrope ima 47 država članica i deluje u odnosu na stanovništvo od oko 800 miliona ljudi.

¹³ E. A. Alkema, The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court, u: P. Mahoney et al. (eds), *Protecting Human Rights: The European perspective – Studies in memory of Rolv Ryssdall*, Cologne 2000, ss. 41-63; J. F. Flauss, La Cour Européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?, *Revue française de droit international*, 36/1999; Omejec (bel. 6); Wildhaber (bel. 8); Greer/Wildhaber (bel. 8); S. Greer, *The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge 2006, s. 173.

tumačeći Konvenciju faktički dovodi do primene i tumačenja jednog međunarodnog ugovora kao vrhovnog pravnog akta u odnosu na sve države članice Saveta Evrope. Iz ugla Srbije posmatrano, jedan međunarodni ugovor, regionalnog karaktera, u našem pravnom poretku iskoračio je sa mesta koje naš Ustav načelno propisuje za međunarodne ugovore, a to je da su međunarodni ugovori niže pravne snage od Ustava. Konkretno u slučaju Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama to nije slučaj, s obzirom na to da je posredstvom nadležnosti datih Sudu sama Konvencija faktički postala pravni akt jače pravne snage od Ustava.

Na ovaj način teče faktička internacionalizacija ustavnog prava; Sud primenjujući Konvenciju faktički utiče na primenu i tumačenje Ustava, postavljajući standarde i ustanovljavajući rezon odlučivanja. Ovakav uticaj Evropskog suda za ljudska prava najočiglednije se uočava u jurisprudenciji našeg Ustavnog suda, koji ne retko oslonac svog rezona pronalazi upravo u presudama Evropskog suda za ljudska prava. Intenzivan uticaj Evropskog suda za ljudska prava objašnjava se odredbom Ustava Srbije da će se ljudska i manjinska prava tumačiti saglasno *inter alia* „praksi međunarodnih institucija“ (član 18 stav 3). Ovakav uticaj Evropskog suda za ljudska prava, naravno, nije unikum samo našeg pravnog sistema.¹⁴ Identičan položaj Evropski sud ima u svim državama članicama Saveta Evrope, baš kao što i ostali ustavni sudovi oslonac za svoj rezon pronalaze u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava.

Na normativnoj internacionalizaciji ustavnog prava – transferu dela ustavnopravne materije na međunarodnu organizaciju, odnosno Konvenciju i posredstvom nje Sud, zasnovana je faktička internacionalizacija ustavnog prava. Formalno pravno posmatrano, Evropski sud odlučuje u domenu međunarodnog prava o tome da li je država povredila Konvenciju. Međutim faktički, povreda Konvencije ustanovljena od strane Evropskog suda svodi se na reviziju odluke Ustavnog suda. Faktička internacionalizacija putem Evropskog suda za ljudska prava, zapravo se očituje kao kontinuirana faktička revizija ustava. Odredbe ustava kojima su definisana ljudska prava, po svojoj prirodu su izrazito uopštene. Njihovo razumevanje, primena i tumačenje u potpunosti je internacionalizovano i menja se u skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava.

No s obzirom na predstojeću reviziju Ustava Srbije može se otvoriti tema da li revizionarna vlast Srbije treba da stavi pod razmatranje ustavnu oblast ljudskih i manjinskih prava. Za revizionu vlast moglo bi se pokazati oportunistički da razmotri da li je uputno pristupiti izvesnim korekcijama u pogledu uticaja Evropskog suda za ljudska prava.

Pažnju revizionarne vlasti trebalo bi koncentrisati na već navođen deo člana 18 Ustava Srbije, kojim je predviđeno tumačenje ljudskih i manjinskih prava saglasno *inter alia* „praksi međunarodnih institucija“ (član 18 stav 3), a ljudska prava koja se tumače zajemčena su Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima (član 18 stav 2). Ustav nije uveo, u vidu jasne i nedvosmislene odredbe revizionarni kapacitet odluka Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na odluke Ustavnog suda, što one faktički jesu. Takođe, ni Konvencija ne govori o revizionarnoj funkciji odluka Evropskog suda za ljudska prava, niti nadležnost određuje kao kontrolnu nadležnost ili supra-nadležnost. Nadležnost Evropskog suda sastoji se u tumačenju i primeni Konvencije, dok je jedan od uslova za obraćanje sudu iscrpljenost svih unutrašnjih pravnih lekova.

¹⁴ Pregled recepcije Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u nacionalnim pravnim sistemima u većem broju država videti u: Keller/Sweet (bel. 11).

Zaista, posmatrana normativna utemeljenost snage odluke Evropskog suda za ljudska prava, može delovati kao neusklađena sa faktičkom snagom odluka – na prvi pogled. Međutim, posmatrano isključivo iz perspektive međunarodnog prava, sporni aspekt ovog odnosa ne postoji. Naime, međunarodni sud razmatra odgovornost za kršenje međunarodnog ugovora, gde konkretno kršenje Konvencije vrši Ustavni sud svojom odlukom. Ovo je uobičajen koncept međunarodnog prava, zasnovan na opštim pravilima o odgovornosti države, koja odgovara za rad njenih zakonodavnih, izvršnih i sudskih organa.

Sa stanovišta ustavnog prava međutim odgovor na ovo pitanje mora se potražiti kroz sagledavanje mesta međunarodnih ugovora u pravnom poretku Srbije. Analiza sadašnjeg normativnog rešenja sa aspekta normativne internacionalizacije, uz dosadašnje desetogodišnje iskustvo primene aktuelnog Ustava, biće razmatrano u trećem delu ovog rada.

2.2. Venecijanska komisija

Za opšte sagledavanje procesa internacionalizacije ustavnog prava zanimljiv je i veoma slikovit nastanak i razvoj Venecijanske komisije. Nastala 1990. godine u susret krupnim promenama u državama Istočne Evrope, i to od strane 18 država, Venecijanska komisija danas je telo koje sačinjava 61 država. Ovaj podatak svoj pun značaj dobija kada se čita u kontekstu broja država članica Saveta Evrope – 47. Činjenica da i države koje nisu članice Saveta Evrope jesu članice Venecijanske komisije, neminovno pokazuje da postoji opšti tok internacionalizacije, ekstenzivnije koncipiran od uobičajenog načina nastajanja i delovanja međunarodnog prava.

Drugi važan aspekt rada Venecijanske komisije odnosi se na sveukupno delovanje ovog tela. Koncipirano prevashodno kao savetodavno telo za potrebe promene socijalističkog/komunističkog državnog i društvenog uređenja istočnoevropskih država na demokratsko uređenje, proširilo je svoje delovanje na sve države, prevashodno članice Saveta Evrope, a potom i ostale države koje su se priključile komisiji.¹⁵ Letimičan pogled na produkciju dokumenata, preporuka, mišljenja i uopšte rada ovog tela lako pokazuju da se Komisija ne bavi samo novim demokratijama, već i starim demokratijama, državama osnivačima Saveta Evrope i Venecijanske komisije, državama sa duboko utemeljenim principom vladavine prava i tradicijom poštovanja ljudskih prava.¹⁶ Kao ilustracija ove tvrdnje služe podaci da je Venecijanska komisija u prethodnim godinama usvajala mišljenja o ustavnim promenama u odnosu na Lihtenštajn (2002), Finsku (2008), Luksemburg (2008), Mađarsku (2011), Island (2013), Monako (2013), Francusku (2016), Poljsku (2016).

Nadležnost Venecijanske komisije, sa druge strane, vrlo je široka. Pored kontrole promena ustava, ustavnih zakona, zakona uopšte, te saradnje sa ustavnim sudovima, tj. sudovima koji imaju sličnu nadležnost, te Evropskim sudom za ljudska prava, mogućnost delovanja u sudskom postupku u svojstvu *amicus curiae* neminovno vodi ka zaključku da je u savremenom pravu na sceni i te kako intenzivan proces internacionalizacije. Zadržimo se za potrebe ovog rada samo na

¹⁵ W. Hoffmann-Rien, The Venice Commission and the European Council – Standards and Impact, *The European Journal of International Law*, 25/2014, ss. 579-597.

¹⁶ Postoji dosta izraženo mišljenje da države istočne Evrope sa više skrupula poštuju stavove Venecijanske komisije, od država “stare Evrope” – *Ibid.*

internacionalizaciji ustavnog prava, Venecijanska komisija daje obilje materijala i podataka za donošenje čvrstog zaključka o jakom uticaju međunarodnog prava na ustavno pravo.

U odnosu na Srbiju, Venecijanska komisija je pristupila detaljnoj analizi Ustava od 2006. godine i usvojila Mišljenje o Ustavu Srbije.¹⁷ Jedna od direktnih posledica Mišljenja uočava se u Akcionom planu za poglavlje 23, posebno u aspektu promena ustavnih normi u oblasti pravosudne vlasti.¹⁸ Spomenuti Akcioni plan izrazit je primer internacionalizacije. Donet i strukturisan prateći predloge velikog broja različitih međunarodnih tela, a sa ciljem pristupanja Srbije Evropskoj Uniji. Sa stanovišta teme ovog rada važno je podvući da je u Akcionom planu predviđeno upućivanje novog Predloga Ustava na davanje mišljenja Venecijanskoj komisiji.¹⁹ Time je zvanično predviđena jaka faktička internacionalizacija ustavnog prava, i to od strane savetodavnog tela, sačinjenog od eksperata. Ovome ipak treba dodati i činjenicu, mada dobro poznatu, da mišljenja i stavovi Venecijske komisije nisu izvor prava, niti imaju pravno obavezujuću snagu. Ponašanje država prema mišljenju Venecijanske komisije pokazuje pre njen odnos prema Savetu Evrope, načelno odgovornom odnosu prema međunarodnim odnosima, nego li njeno poštovanje prava.

U daljoj analizi normativne internacionalizacije dodatno će se razmotriti stavovi Venecijanske komisije u odnosu na one delove Ustava Srbije kojima se definiše mesto međunarodnog prava u nacionalnom pravnom sistemu.

2.3. Evropska unija

Evropska unija, i to kako članstvo u njoj, tako i postupak učlanjenja imaju nesporno najjači i najdirektniji uticaj na ustavno pravo. Ustavi država članica Evropske unije tokom decenija postojanja ove međunarodne organizacije, njene transformacije u *sui generis* međunarodnu organizaciju do današnjeg statusa nad-države, transformisali su i prilagođavali svoja ustavnopravna rešenja. Ovaj trend je vidljiv u ustavima svih država članica Evropske unije, kako država osnivača tako i novoprimitljenih država. Počev od najstarijeg važećeg ustava evropske države, ujedno i države osnivača Evropske Unije, Ustava Belgije usvojenog 1831 u koji su unete odredbe o Evropskoj uniji, pa do ustava država koje su postajale članice kada je Evropska unija već bila transformisana u nad-državu, uticaj je konstantan, prisutan i kao takav u potpunosti prihvaćen.²⁰

Sa stanovišta Srbije, potpuno prilagođavanje ustavnih rešenja Evropskoj uniji tek predstoji, i zavisiće od trenutka učlanjenja. No čak i u ovom trenutku, kada se tek otvaraju i analiziraju poglavlja, Srbija je već u situaciji da kreira ustavne promene u susret učlanjenju u Evropsku uniju. Sa stanovišta teme ovog rada, očito je da se radi o internacionalizaciji ustavnog prava.

¹⁷ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the Constitution of Serbia, Opinion No. 405/2006 CDL-AD(2007)004, usvojeno na 70. Plenarnoj sednici, Venecija, 17-18. 03. 2007.

¹⁸ Republika Srbija, Pregovaračka grupa za Poglavlje 23, Akcioni plan za Poglavlje 23 – Nacrt, septembar 2015, dostupno na veb-stranici Ministarstva pravde: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%-2023%20Treci%20nacrt-%20Konacna%20verzija1.pdf>.

¹⁹ *Ibid*, s. 30.

²⁰ Pregled integrativnih klauzula, odnosno ustavnih odredaba kojima je kreirana kopča između pravnog poretka EU i ustava, tj. nacionalnih pravnih poredaka videti u: A. Anneli, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge 2005.

Specifičnost ove situacije – situacije kada *sui generis* međunarodna organizacija utiče na ustavni poredak države koja nije njena članica i nema normativnu podlogu uticaja – u potpunosti je usklađena sa specifičnošću same organizacije u čije se članstvo želi pristupiti. Glavna karakteristika ove vrste internacionalizacije je njena zasnovanost na politici učlanjenja kao državnoj politici, a ne na strogo formalnopravnoj obavezi internacionalizacije ustava. Za razliku od prikazane faktičke internacionalizacije od strane Saveta Evrope, koja je bazirana na učlanjenju u ovu međunarodnu organizaciju te posredstvom članskog statusa izloženosti uticaju, Srbija je (podjednako kao što su to bile i sve ostale države u procesu učlanjenja) u odnosu na EU i pre učlanjenja u obavezi podvrgavanja svog pravnog poretka pravnom poretku EU.

Imajući u vidu temu ovog rada, za bolje razumevanja procesa internacionalizacije ustavnog prava pod uticajem pristupanja Evropskoj uniji, potrebno je razgraničiti ustavne norme o mestu i uticaju međunarodnog prava na unutrašnji pravni poredak. U odnosu na EU dodatno i od posebnog značaja je status prava EU – komunitarnog prava u odnosu na prava država članica – bitno je drugačiji od odnosa međunarodnog prava i nacionalnog pravnog poretka. Međunarodno pravo je u partnerskom položaju i ispod Ustava, dok je komunitarno pravo nadnacionalno pravo. Stoga se bez zazoru može konstatovati da učlanjenjem u EU država u velikom obimu gubi deo svojih nadležnosti i pristaje na jak uticaj ne-nacionalnog prava. Stoga je odnos sa Evropskom unijom najizraženiji primer internacionalizacije kome je izložen ne samo ustavno pravo, već celokupni pravni poredak.

3. Normativna internacionalizacija ustavnog prava Srbije

Normativna internacionalizacija ustavnog prava, kao izraz označavala bi u najširem smislu, uvođenje međunarodnog prava u ustavno pravo. Normiranje ustavnim normom, koji se aspekt međunarodnog prava i na koji način spaja sa unutrašnjim pravnim sistemom, zapravo se uređuje u kom će stepenu i ustavno pravo i celokupno nacionalno pravo biti pod uticajem međunarodnog prava.

Odnos ustavnog prava i međunarodnog prava jeste prevashodno odnos dva pravna sistema. No, s obzirom na sadržaj normi ustavnog i međunarodnog prava ova dva sistema imaju najjaču vezu sa politikom države, odnosno u najvećoj meri mogu ovaploćivati politiku koja se vodi u državi. Težak istorijski period za Srbiju u prethodne dve-tri decenije, oličan između ostalog i diskutabilnom primenom međunarodnog prava u odnosu na Srbiju, u dobroj meri je doveo do opšteg nepoverenja u međunarodnu zajednicu, međunarodne organizacije i uopšte međunarodno pravo. Ono se ogleda ne samo u javnom mnjenju, već i u nekim udžbenicima prava u kojima se tvrdi kako međunarodno pravo nije pravo. Osećaj međunarodnog prava kao „stranog tela“ ili „neprijatelja“, kroz Ustav Srbije može biti pojačan ili pak oslabljen.

Na revizionu vlast startni uticaj može ostvariti aktuelni Ustav i rešenja koja su u njemu usvojena i do sada primenjivana – ukoliko se ne izvrši temeljna i principijelna analiza sadašnjih rešenja. Stoga je uputno pristupiti analizi sadašnjih ustavnih normi sa stanovišta budućih predstojećih promena Ustava Srbije.

Opšta normativna internacionalizacija u duhu teorijskog rezona svodi se na pitanje odnosa međunarodnog i ustavnog prava, te uvođenja međunarodnog prava u nacionalni pravni poredak. U međunarodnom pravu teorijska misao o ovom odnosu daleko je plodnija nego u ustavnom,

mada mora se konstatovati da bez obzira na postojanje dugotrajnog i obimnog teorijskog sagledavanja ovog odnosa, nije došlo do izdvajanja jedne teorije kao pobjedničke. I danas pisci međunarodnog prava - monisti i dualisti - „ukrščaju koplja“.²¹ Praktičan aspekt teorijskih pravaca jesu ustavi i rešenja odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava zauzeta u njima. Na taj način fundamentalna tema međunarodnog prava – odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava svoju manifestaciju dobija upravo u ustavima.²²

Ustav Srbije od 2006. godine odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava u osnovi koncipira na tradiciji prethodnih ustava. Teorijskim rečnikom rečeno radi se o monističkom pristupu, no kada je potrebno dalje precizirati da li je po sredi monizam sa dominacijom međunarodnog ili unutrašnjeg prava uočava se postojanje nekonzistentnosti ustavnih rešenja. Kako monistički pristup jeste pristup zauzet u većini evropskih ustava, za očekivati je da ni revizionarna vlast neće imati podsticaj za bitno menjanje osnovnog kursa.

Odredbe Ustava Republike Srbije u kojima se razmatra odnos međunarodnog prava i nacionalnog prava su u određenju međunarodnih odnosa (član 16), u pobravljanju osnovnih načela primene ljudskih i manjinskih prava (član 18) i u određenju hijerarhijskog odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava (član 194). Dodatno, mesto međunarodnog prava u nacionalnom pravnom sistemu očituje se i kroz preciziranje rada sudova (član 142), tužilaštva (član 156) i posebno kroz nadležnost Ustavnog suda (član 167). No, navedeni članovi sadrže međusobno neusklađene odredbe, a neki od njih primer su i nesinhronizovanosti unutar same odredbe (član 16). S obzirom na to, potpadaju pod kategoriju normi koje je potrebno revidirati.

3.1. Izraz „opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava“ unikum Ustava Srbije

Prva odredba kojom se u Ustav uvodi međunarodno pravo je član 16. Naslov ovog člana je „Međunarodni odnosi“ i nalazi se u prvom delu Ustava – Načela Ustava. Međutim, sadržina ove odredbe ne odgovara njenom naslovu, a dva stava ovog člana međusobno su neusklađena. U prvom stavu se govori o spoljnoj politici i konstatuje da počiva na „opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava“, dok se u drugom stavu govori o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava i o uvođenju međunarodnog prava u unutrašnji pravni sistem. Terminologija stava 2 drugačija je od stava 1, te se umesto izraza opštepriznati principi i pravila međunarodnog prava, prelazi se na izraz opšteprihvaćena pravila i potvrđeni međunarodni ugovori.

Ustav Srbije u članu 16 stav 2 na opšti način određuje da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije, da se neposredno primenjuju, a da potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom. Iz navedene formulacije jasno se uočava monistički pristup neposredne primene međunarodnog prava, ali i stav da opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, kao i nepotvrđeni ugovori ne moraju biti u skladu sa Ustavom.

Ljudska i manjinska prava takođe se neposredno primenjuju (član 18) i to sva ona prava koja su zajemčena *inter alia* opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima.

²¹ G. Gaja, Dualism – A Review, u: J. Nijman/A. Nolkaemper (eds), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford 2007, ss. 52-61.

²² C. Walter, International Law in a Process of Constitutinalisation, u: Nijman/Nolkaemper (bel. 21), ss. 191-214.

Spona navedenih odredaba je ustavna odredba o hijerarhiji prava prema kojoj se Ustav određuje kao najviši pravni akt Republike Srbije, dok se potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava smatraju za deo pravnog poretka Republike Srbije. U nastavku odredbe navodi se da potvrđeni međunarodni ugovori ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom. Nije jasno zbog čega je u Ustavu dva puta rečeno isto (član 16 i član 194).

Iz formulacija navedenih odredaba zaključuje se da Ustav, u pogledu međunarodnog prava koristi izraze: opšteprihvaćeni principi i pravila međunarodnog prava, opšteprihvaćena pravila i potvrđeni međunarodni ugovori. Pri tom, postoji razlika u položaju i tretmanu opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora. Ove formulacije zahtevaju pojašnjenja.

Međunarodno pravo, barem formalno, ne poznaje pojam „opšteprihvaćena pravila“, a kamoli da postoji spisak ili katalog opšteprihvaćenih pravila. Drugačija je situacija sa opšteprihvaćenim principima, čije sagledavanje i obuhvatanje predstavlja trajno interesantu međunarodnopravnu temu.

Međunarodno pravo poznaje dve klasifikacije pravnih normi – klasifikacija po kriterijumu formalnih izvora međunarodnog prava i klasifikacija po kriterijumu vrste pravnih normi. Prva klasifikacija, opšte je usvojeno, respektabilno je navedena u Statutu Međunarodnog suda pravde u članu 38, u kome je sasvim jasno navedeno da su glavni izvori međunarodnog prava međunarodni ugovori i običajna pravna pravila. S druge strane, u najopštijoj podeli normi po vrsti međunarodno pravo razlikuje nekoliko kategorija – fundamentalne principe (prihvatljivo i u jezičkom izrazu opšteprihvaćeni principi), kogentne pravne norme (*ius cogens*), *erga omnes* obaveze i ostale pravne norme ili samo pravna pravila. Dakle, radi se o dve klasifikacije sačinjene po različitim kriterijumima. Ukoliko se upotrebi izraz opšteprihvaćeni princip, ne ulazi se u identifikaciju njegovog formalnog izvora, te da li se manifestuje kao običajno pravo ili se pak princip nalazi kodifikovan/ugovoren u okviru određenog međunarodnog ugovora.²³ Kada se u jednoj formulaciji nađu izrazi princip i ugovor, navedeni su elementi dva različita skupa, između kojih postoji zajednički presek, ali koji u tom slučaju mora biti naveden i pojašnjen.

S obzirom na to da je izraz „opšteprihvaćena pravila“ u našem Ustavu upotrebljen u kontekstu međunarodnog prava, a da međunarodno pravo formalnopravno ne poznaje takvu kategoriju, ostaje nejasno na šta se pod tim izrazom mislilo, kako ćemo znati koja su to međunarodna pravila opšteprihvaćena, kako se i gde manifestuje opšta prihvaćenost i ko je vlastan da to utvrdi.

U traženju odgovora na pitanje – ko je vlastan to da kaže, uputnim se čini potražiti odgovor u nadležnostima pravosuđa. Za sudove Ustav predviđa da će postupati primenjujući *inter alia* opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđene međunarodne ugovore, tužilaštvo „vrši funkciju“ na osnovu *inter alia* potvrđenog međunarodnog ugovora, dok Ustavni sud odlučuje o usklađenosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima. S druge strane Ustavni sud odlučuje o saglasnosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom, ali nije mu data nadležnost da istu funkciju primenjuje i u odnosu na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Dakle, i u ovim odredbama samo se ponavlja ista formulacija, bez dodatne instrukcije na šta se pod njome misli.

²³ A. Peters, *Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, *Leiden Journal of International Law*, 19/2016, ss. 579-610.

Prilikom traženja odgovora na zagonetku izraza „opširivačena pravila međunarodnog prava“, prvi zaključak koji se nameće čitanjem prikazanih odredaba je da su opšteprihvačena pravila međunarodnog prava na određenom pijedestalu nedodirljivosti – ne znamo koja su to pravila, a nije ni potrebno da budu u skladu sa Ustavom, niti da u slučaju potrebe Ustavni sud može ustanoviti svoju nadležnost i razmotriti da li su takva pravila u skladu sa Ustavom.

Drugi zaključak, međutim, rukovođen bi bio shvatanjem da se u našem Ustavu pod terminom opšteprihvačeno pravilo međunarodnog prava zapravo govori o običajnom pravnom pravilu. Običajnoppravna pravila jesu po svom tipu opšta i jesu opšteprihvačena, jer je upravo prihvaćenost sastavni deo pojma običajnog pravnog pravila.²⁴ Potom, kako se radi o nepisanom pravu, jasno je i da ne postoji katalog ili pak spisak običajnog međunarodnog prava. Ustanovljenje običajnog međunarodnog pravila ne može biti u nadležnosti nacionalnih sudova, te utoliko bi bilo uklopljivo određenje o prostoj primeni običaja u našem pravosudnom sistemu.

Uvođenjem formulacije običajna pravna pravila umesto opšteprihvačena pravila međunarodnog prava, terminologija bi se dovela u sklad sa međunarodnim pravom i bilo bi jasno i izvesno na šta se pod tim izrazom misli. No sa druge strane ostaje pitanje da li je takva formulacija bliska srbijanskom pravnom sistemu. Pripadajući kontinentalnom pravnom sistemu, naše pravo u potpunosti počiva na pisanom pravu, dok običaj kao nepisano pravo posmatra kao istorijski prevaziđeni izvor prava. Kontinentalnopravna provenijencija našeg prava izrazito je jaka, i ona se ogleda ne samo u stavu da se svi odnosi moraju urediti zakonom, već i zahtevom da zakoni budu detaljni, precizni, ostavljajući što manje prostora za tumačenje. Ovakav stav posledica je i tradicionalno slabe pozicije pravosuđa u našem pravnom sistemu, odnosno izraženom nepoverenju u sudstvo. Za razliku od anglosaksonskog pravnog sistema koji sudijama ostavlja puno prostora za primenjivanje i tumačenje prava, sa mogućnošću i kreiranja prava kroz institut precedenta, u kontinentalnopravnim sistemima sudijama se naprotiv suspreže mogućnost prilagođavanja prava tumačenjem i prilagođavanjem na konkretnu životnu situaciju. U takvom diskursu verovatno bi se smatralo anahronim uvođenje terminologije običajno međunarodno pravo u Ustav.

U ovakvoj situaciji uputno je pogledati kako je tema ovog odnosa regulisana u drugim ustavima. U Ustavu Ruske Federacije koristiti se izraz opšteprihvaćeni principi i norme međunarodnog prava i međunarodni ugovori.²⁵ Dakle, i u ruskom Ustavu koriste se dve različite klasifikacije kao i u našem, s tim što je terminologija upodobljena međunarodnom pravu i ne ostavlja nikakvu dilemu na šta se mislilo. U delu Ustava posvećenom ljudskim pravima govori se o garantovanju ljudskih prava u skladu sa opšteprihvaćenim principima i normama međunarodnog prava (član 17). Francuski Ustav govori samo o međunarodnim ugovorima, Ustav Nemačke samo o opštim pravilima međunarodnog prava (član 25 - „*general rules*“), Ustav Italije (član 10) i Ustav Irske (član 29) samo o opšteprihvaćenim principima međunarodnog prava.

Sumarni uporednopravni pregled prikazuje da ni ostali ustavi ne slede nomenklaturu međunarodnog prava doslovno, ali i da se rešenje svojstveno našem Ustavu ne pojavljuje u drugim ustavima. Zajednički element prikazanih ustavnih rešenja je opredeljenje za jasno

²⁴ V. B. Milisavljević, *Međunarodno običajno pravo*, Beograd 2016.

²⁵ Конституция Российской Федерации, Статья 15: “4. Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы.”

navođenje međunarodnog prava po obe klasifikacije međunarodnih normi, kao što je učinjeno u Ustavu Ruske federacije ili pak češće, optiranje za samo jedan međunarodnopravni izraz. Najjasniji i najsigurniji pristup bi bio opredeliti se samo za jednu međunarodnopravnu kategoriju. Moguće je da bi za potrebe naše države najcelishodnije bilo međunarodno pravo u Ustavu zadržati samo u sferi međunarodnih ugovora, po ugledu na Ustav Francuske. Kontinentalnopravni sistem naše države traži pisano pravo, međunarodnopravni akt koji je najbliži zakonu. Stoga, u našem pravnom sistemu uspešno se može napraviti kopča između međunarodnog i unutrašnjeg pravnog sistema posredstvom međunarodnih ugovora, i bilateralnih i multilateralnih, na jasan i nesumnjiv način mogu se uvesti u nacionalni pravni sistem i primeniti u radu svih nivoa sudova.

S druge strane, izvori kao što su fundamentalni pravni principi tj. opšteprihvaćeni principi ili pak običajnopravna pravila po svom tipu uopštenih su formulacija i kao takvi uređuju odnose između država prevashodno na nivou međunarodne zajednice. Formulacije ovih međunarodnopravnih kategorija teško da se uopšte mogu naći u položaju direktno primenljivih normi i kao takvi teško da bi se uopšte mogli naći u upotrebi od strane nacionalnih sudova. U ovakvom pojašnjenju mogu se uočiti primese dualističkog teorijskog usmerenja. Moglo bi se razumeti kao predlog da pisano međunarodno pravo, uvedeno u nacionalni pravni poredak neposredno primenjujemo u domenu našeg nacionalnog prava, dok bi se dejstvo opštih međunarodnopravnih principa prepoznavalo u upotrebi samo na nivou međunarodne zajednice. No kao što je već istaknuto ni jedan teorijski pravac nije odneo prevagu, a nije kreiran ni jedan dominantan ustavnopravni koncept, te je utoliko i opravdano u zbiru svih dosadašnjih iskustava izabrati i delimično drugačiji pristup.

U drugoj varijanti, moglo bi se odlučiti za daleko ekstenzivniji i otvoreniji pristup ka međunarodnom pravu, i umesto vezivanja samo za ugovore, koncept staviti u kontekst opštih pravila međunarodnog prava, po ugledu na Ustav Nemačke. U svakom slučaju, bez obzira na obim revidiranja odredaba o mestu međunarodnog prava u unutrašnjem pravnom sistemu, izraz opšteprihvaćena pravila ne bi trebalo da opstane. Ukoliko bi se napravio ovakav izbor, tada bi se na podjednak način u unutrašnji pravni sistem uvele i norme ugovornog i norme običajnog međunarodnog prava. Sa stanovišta međunarodnog prava, ovakav pristup bi bio ispravniji. Razlika između izraza opšteprihvaćeni principi međunarodnog prava i opšta pravila međunarodnog prava, iako nedovoljno upućenom čitaocu može delovati da ne postoji, velika je. Kao što je ranije već napomenuto, vezivanjem za termin princip uveli bismo u Ustav klasifikaciju normi po vrsti, gde bismo navodeći samo principe, iz upotrebe izbacili sve one druge kategorije normi koje nemaju karakter principa. Izraz opšteprihvaćen ima drugačije značenje od izraza opšti. Dok je izraz „opšteprihvaćen“ pravnotehnički izraz, i podrazumeva univerzalnost normi (prihvatanost od strane velike većine subjekata međunarodnog prava), izraz opšti to nije. Izrazom opšta pravila međunarodnog prava najšire se obuhvata međunarodno pravo, jer se pod njime ne podrazumevaju nikakve klasifikacije, podele niti usmerenja međunarodnog prava, već se jednim opštim izrazom preuzima celokupno međunarodno pravo kojim se jedna država obavezala.

Potreba za revidiranjem člana 16 Ustava Republike Srbije, pored kontinuirane debate u naučnoj javnosti, istaknuta je i u Mišljenju Venecijanske komisije. U analizi navedene ustavne odredbe Venecijanska komisija kritike upućuje u odnosu na stav 2 člana 16, za razliku od mišljenja o stavu 1 koje je pozitivno. I zaista, kada se uz prethodno prikazanu analizu i stav Venecijanske

komisije, ponovo razmotri član 16 Ustava Republike Srbije, jasno se može uočiti da se prvo poboljšanje i razrešenje nejasnoća može postići razdvajanjem stavova, odnosno materije koja je regulisana. Stav 1, koji se odnosi na međunarodne odnose, tj. na spoljnu politiku Republike Srbije, koncipiran kao načelo, prihvatljivo je regulisan. Međutim, stav 2 - odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava, odnosno mesto i primenjivanje međunarodnog prava u nacionalnom pravnom sistemu, treba koncipirati kao poseban član i nasloviti ga – odnos međunarodnog i nacionalnog prava. Taj novi član, formulisao bi materiju stava 2, sa neophodnim korekcijama. Prva korekcija koja se odnosi na izraz „opšteprihvaćena pravila“ već je pojašnjena. Međutim i izraz potvrđeni međunarodni ugovori traži korigovanje.

3.2. Restriktivnost izraza „potvrđeni međunarodni ugovor“ u Ustavu Srbije

U pogledu međunarodnih ugovora, naš Ustav govori o potvrđenim međunarodnim ugovorima (osim člana 16, gde u stavu 1 koristi uopšteno izraz međunarodni ugovor).²⁶ Izbor izraza „potvrđeni međunarodni ugovor“, ne ostavlja dilemu oko toga da Ustav očigledno računa na to da postoji i kategorija nepotvrđenih međunarodnih ugovora, pri čemu sam Ustav ne daje instrukciju kakav je pravni položaj nepotvrđenih međunarodnih ugovora u našem pravnom sistemu. Odnosno, ukoliko bismo doslovno pratili konstrukciju Ustava da se potvrđeni međunarodni ugovori neposredno primenjuju, onda bismo mogli *per analogiam* pretpostaviti da se nepotvrđeni međunarodni ugovori posredno primenjuju. U obe varijante neophodno je pojašnjenje.

Formulacija „potvrđen međunarodni ugovor“ otvara vrata mnogostrukim potencijalnim problemima, posebno kada se ima u vidu da međunarodno pravo i naše ustavno pravo različito različito razumeju termin „potvrđen ugovor“.

Sa stanovišta Ustava pojam „potvrđeni međunarodni ugovor“ određen je članom 99 Ustava, u kome se definiše nadležnost Narodne skupštine da „potvrđuje međunarodne ugovore kada je zakonom predviđena obaveza njihovog potvrđivanja“. Sam Ustav, ovakvim aranžmanom, zanemaruje međunarodno pravo odnosno međunarodnopravna pravila koja govore o temi potvrđenosti tj. nastalosti međunarodnog ugovora. Ovakav ustavni pristup nekonzistentan je sa drugim ustavnopravnim rešenjem, a kojim se na hijerarhijskoj lestvici prava posle Ustava nalaze norme „potvrđenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava“ (član 194).

Zakon na koji upućuje član 99 Ustava je Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora. Ovim Zakonom predviđa se potvrđivanje međunarodnog ugovora kroz donošenje zakona o potvrđivanju od strane Narodne skupštine, a da pri tom obaveza potvrđivanja postoji za „međunarodne ugovore vojne, političke i ekonomske prirode, ugovore kojima se stvaraju finansijske obaveze za Republiku Srbiju, ugovore koji zahtevaju donošenje novih ili izmenu važećih zakona i ugovore kojima se odstupa od postojećih zakonskih rešenja“ (član 14 Zakona, stav 1). Zakon prepoznaje i nepotvrđene ugovore, predviđajući obavezu Vlade da informaciju o ovim ugovorima dostavi „nadležnom odboru Narodne skupštine“ (član 14 Zakona stav 2).

²⁶ V. Đurić, Kontrola ustavnosti međunarodnih ugovora u Republici Srbiji, u: *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava 1963-2013*, zbornik radova, Beograd 2013, ss. 136-159.

Rečnikom međunarodnog prava izraz „zakon o potvrđivanju međunarodnog ugovora“ koji donosi parlament, zapravo je ratifikacija. U međunarodnom pravu ratifikacija je samo jedan od načina finalizacije nastajanja međunarodnog ugovora. Pored ovog vida izražavanja volje na obavezivanje ugovorom međunarodno pravo poznaje i druge načine kao što su potpisivanjem, prihvatanjem, odobravanjem, pristupanjem ugovoru ili razmenom instrumenata koji sačinjavaju ugovor. Navedeni načini izražavanja obavezivanja ugovorom nalaze se pobrajani u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu od 1969. godine, čija je Srbija država-ugovornica. Pravila Bečke konvencije o ugovornom pravu hijerarhijski postmatrano, a u duhu člana 194 Ustava, nalaze se ispod Ustava, ali iznad zakona.

Primedba na izraz „potvrđeni međunarodni ugovor“ data je i u Mišljenju Venecijanske komisije na Ustav Republike Srbije i sasvim je izvesno da će u budućim ustavnim izmenama potpasti pod reviziju. Naime, okosnica primedbe Venecijanske komisije iste je orijentacije kao i stav autora ovog rada, iskazan u prikazanoj analizi. Međutim, dok stav Venecijanske komisije u osnovi podseća Srbiju na postojanje Bečke konvencije o ugovornom pravu i na obavezu poštovanja međunarodnog ugovora čiji je Srbija član, korisno je razmišljati i o široj percepciji međunarodnog prava.

Upotreba izraza „potvrđen međunarodni ugovor“, kao neusklađena sa međunarodnopravnim poimanjem potvrđenosti međunarodnog ugovora dovodi u načelni nesklad međunarodno i unutrašnje pravo. Naime, osnovno je pravilo međunarodnog prava, običajnog i ugovornog karaktera, da međunarodno pravno pravilo koje je nastalo poštujući pravnostvarajući proces međunarodnopravnih normi, u međunarodnom se pravu ima smatrati punopravnim, ne ulazeći u temu da li je način izražavanja volje države bio punopravan ili protivpravan sa stanovišta unutrašnjeg pravnog poretka te države. Za međunarodno pravo je irelevantno ukoliko država naknadno konstatuje da je međunarodna norma kojom se obavezala u suprotnosti sa njenim unutrašnjim pravom. Sa stanovišta običajnog međunarodnog prava primenjuje se princip *pacta sunt servanda*, a isti ovaj princip kodifikovan je i u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu od 1969. godine, te države obavezuje i kao ugovorna norma. S obzirom na to da se pun kapacitet složenosti teme obavezanosti države na međunarodnom planu normom koja je protivpravna sa stanovišta unutrašnjeg prava, ukazuje tek kada dođe do povrede norme i kada nastane šteta, ustavnopravno rešenje koje je kod nas predviđeno može dovesti do praktično nerešivog pitanja odgovornosti i nadoknade štete. Tema teška i za međunarodno pravo i još uvek nekodifikovana, uvrštena je u Nacrt pravila o odgovornosti države za protivpravne akte od 2001. godine.²⁷ U nacrt je uvedeno običajno pravilo da država odgovorna za štetu ne može se izviniti pozivom na svoje unutrašnje pravo a koje je u suprotnosti sa međunarodnom obavezom (član 32 Nacrta).

Ukoliko ovakav stav primenimo direktno na temu „potvrđenog međunarodnog ugovora“ onda bi se prema međunarodnom pravu smatralo da je ugovor nastao odnosno da je potvrđen ukoliko je volja na obavezivanje ugovorom izražena na jedan od načina koje poznaje međunarodno pravo i koje je dogovoreno za taj konkretan ugovor.

S druge strane međutim, osnovni je princip unutrašnjeg prava da je u državi najviši pravni akt Ustav i da svi drugi pravni akti moraju biti u skladu sa Ustavom. No, kako je prikazano u

²⁷ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, tekst je usvojen na 53 zasedanju Komisije i usvojen u okviru Rezolucije Generalne Skupštine UN 56/83 od 12. 12. 2001.

pregledu ustavnih odredaba o mestu međunarodnog prava u unutrašnjem pravu Ustav ne prepoznaje celokupno međunarodno pravo kojim je obavezana država kao sastavni deo nacionalnog pravnog poretka, niti je Ustavnom sudu dato u nadležnost proveravanje usaglašenosti međunarodnog prava sa Ustavom, već samo potvrđenih međunarodnim ugovorima.

Prvi korak u razrešenju konstatovanih mana aktuelne ustavnopravne formulacije trebalo bi sprovesti na nivou terminologije, te umesto izraza „potvrđen međunarodni ugovor“ upotrebiti izraz „međunarodni ugovor“. Drugi korak međutim, kojim bi se bitno razrešio položaj međunarodnih ugovora u našem pravnom sistemu, zahtevao bi širi konsenzus u pogledu opšteg pristupa – da li se unutar Ustava upuštati u detaljnije i konkretnije definisanje različitih aspekata međunarodnih ugovora ili ne.

Uporedno ustavno pravo nudi primere i jednog i drugog pristupa. Ustavi Nemačke i Rusije, na primer, ne upuštaju se u detalje materije međunarodnih ugovora. S druge strane, deo Ustava Francuske - *Titre V* posvećen je samo ugovorima i međunarodnim sporazumima, u šest članova posvećenih ovoj temi, u kojima se sasvim konkretno preciziraju nadležnosti pregovaranja, ratifikacije, potvrđivanja i sl. Ustav Hrvatske prikazuje takođe detaljan pristup temi međunarodnih ugovora – u okviru VII-og dela Ustava pod naslovom Međunarodni odnosi, u posebnoj celini – Međunarodni ugovori vrlo konkretno definisan je veći broj važnih tema iz domena međunarodnih ugovora.

Pristup usvojen u Ustavu Republike Hrvatske odličan je primer usklađenosti međunarodnopravne logike i ustavnopravne materije. Prva odredba precizira da se u zavisnosti od prirode i sadržaja ugovora nadležnost za njegovo sklapanje poverava Hrvatskom Saboru, Predsedniku Republike i Vladi Republike Hrvatske (član 139). Ova odredba veoma je važan i koristan primer. Pokazuje usklađenost sa konceptom međunarodnog prava, u kome državu u međunarodnim odnosima predstavljaju predsednik države, predsednik vlade, ministar unutrašnjih poslova i koji imaju inherentno pravo na preuzimanje prava i obaveza u ime i za račun države, sa preptostavkom da oni to čine u skladu sa ovlašćenjima koja im njihov ustav daje, a ne *ultra vires*. Dakle, u sam Ustav uvodi se odredba koja može da predupredi mnogobrojne probleme funkcionisanja i mesta međunarodnog prava u unutrašnjem pravu.

Stanovište autora ovog rada jeste *pro* detaljnijeg uređenja važnih aspekata međunarodnih ugovora, zasnovanog na sinhroizovanju međunarodnog prava i ustavnog prava. Na ovaj način dobili bismo uređeniji pravni sistem, što je upravo i cilj svake revizije.

U finalnom iskazu, a u pogledu materije međunarodnih ugovora, potrebno bi bilo u Ustav uneti odredbu da su međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i da se neposredno primenjuju. U nastavku bi bilo potrebno istaći različite načine uvođenja u pravni poredak različitih međunarodnih ugovora, s obzirom na njihov predmet, sadržaj i cilj ugovora. Na ovaj način ni jedan međunarodni ugovor ne bi ostao van nacionalnog pravnog sistema, a stepenovanje obavezivanja tj. u sadašnjoj terminologiji potvrđivanja bilo bi prilagođeno njihovom značaju i funkciji koju bi imali u unutrašnjem pravnom sistemu.

Predložene promene, i terminološke i pojmovne, trebalo bi sinhronizovano uneti u sve ustavne odredbe koje se dotiču odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava. Na ovom mestu vredi pomenuti promenu koju bi ovakva promena izazvala u nadležnosti Ustavnog suda. Naime, u sadašnjem rešenju Ustavni sud može da odlučuje o usklađenosti potvrđenih međunarodnih

ugovora sa Ustavom. Ukoliko bi se prešlo na terminologiju „međunarodni ugovor“ i nadležnost Ustavnog suda bi bila proširena na kontrolisanje usklađenosti svih međunarodnih ugovora sa Ustavom. Sa ciljem potpunog usaglašavanja sistema, jasno je da bi proširenje nadležnosti trebalo izvršiti i uvođenjem u nadležnost Ustavnom sudu mogućnost da vrši prethodnu ocenu ustavnosti međunarodnog ugovora.

Uvođenjem svih međunarodnih ugovora, a ne samo „potvrđenih“, u unutrašnji pravni poredak i neposrednu primenu, proširila bi se normativna internacionalizacija ustavnog prava. Posredstvom nje i internacionalizacija celokupnog nacionalnog pravnog poretka.

Zaključujući razmatranje o normativnoj internacionalizaciji ustavnog prava, i pravilnijem uvođenju međunarodnog prava u ustavno pravo, te posredstvom ustava i u celokupan pravni sistem sledeće tezi valja ponoviti:

- (1) Razdvojiti načela međunarodnih odnosa i spoljne politike od načela odnosa između međunarodnog prava i unutrašnjeg prava, odnosno mesta međunarodnog prava u unutrašnjem pravu;
- (2) Upotrebu izraza iz domena međunarodnog prava u ustavnom pravu prilagoditi pojmovniku međunarodnog prava i ne upotrebljavati nove izraze čiji sadržaj nije jasan;
- (3) Umesto izraza potvrđen međunarodni ugovor uvesti izraz međunarodni ugovor;
- (4) Sve međunarodne ugovore smatrati za sastavni deo unutrašnjeg prava i svima ustavom garantovati neposrednu primenjivost;
- (5) Ustavom raslojiti različite vrste međunarodnih ugovora, sinhronizovati sa nadležnostima predsednika države, predsednika vlade, parlamenta i shodno tome navesti vidove potvrđivanja, odnosno uvođenja u nacionalni pravni poredak;
- (6) Ustavnom sudu dati u nadležnost kontrolu ustavnosti svih međunarodnih ugovora, kao i prethodnu kontrolu.

4. Značaj i uticaj međunarodnog prava na revizionu vlast: zaključna razmatranja

Razmatranje faktičke i normativne internacionalizacije ustavnog prava treba da posluži pragmatičnom cilju i praktičnom zadatku, koji će biti sproveden od strane reviziona vlasti Ustava Srbije. Prikazana analiza ima za cilj jasnije sagledavanje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava, međusobnu interdependenciju ova dva pravna sistema i pravac u kome revizionu vlast treba da dopusti uticaj i upliv međunarodnog prava na revidiranje Ustava.

Revizionu vlast ne deluje u praznom prostoru. Jedna od smernica koja neminovno na nju vrši uticaj je međunarodno pravo i svi međunarodnopravni odnosi i aranžmani nastali slobodno izraženom voljom države.

Osnovni pristup u odnosu na međunarodno pravo ne treba da bude rivalski, niti pak da se formira kroz strah od upliva „tuđe vlasti“ ili pak da se razume kao denacionalizacija ustavotvornosti. Jer, međunarodno pravo nije nametnuto pravo; ono je pravo koje država svojom voljom kreira za sebe u onoj meri u kojoj joj je to potrebno, kroz dogovor sa drugim subjektima međunarodnog prava. Da bi svaka buduća revizionu vlast mogla da kontroliše uticaj međunarodnog prava kako na sam proces kreiranja ustava, tako i na proces primene i delovanja

ustava i celokupnog unutrašnjeg pravnog poretka izrazito je važno kako će ono biti uneto u Ustav. Nепрепозnavanjem u Ustavu određenih aspekata međunarodnog prava, dolazi se do situacije da one mogu obavezati državu i delovati na nju, ali bez kontrole i nadzora.

Ukoliko se za sam kraj ovog razmatranja vratimo na pitanja postavljena u odnosu na revizionu nadležnost Evropskog suda za ljudska prava, odgovor dolazi kao sasvim jednostavan i logičan. Ne mora u Ustavu sve biti izričito rečeno. Činjenica da država ima mogućnost da bira, formira svoju volju i donese odluku da li će pristupiti određenom međunarodnom ugovoru, državu potom obavezuje da takav ugovor primenjuje u svom unutrašnjem pravu na način na koji je dogovoreno. Kada odluči da se obaveže međunarodnim ugovorom, učlani u međunarodnu organizaciju, mora računati na to da će biti pod dejstvom života međunarodnog organizma – kroz njegovu primenu. Konkretno, ulaženjem u sistem kreiran Evropskom konvencijom za ljudska prava država je nesumnjivo znala u kakav sistem ulazi. *Ergo*, takav sistem je u obavezi da poštuje čak i kada ustavnim normama nije bukvalno naglašen krajnji efekat primene međunarodnih normi. Ovaj primer veoma ilustrativno pokazuje kako celokupan sistem funkcioniše.

Ono što je suštinski važno za revizionu vlast je – kreirati ustavni sistem tako da međunarodno pravo amalgamira i kontroliše. Pri tom - celokupno međunarodno pravo kojim se država Srbija može obavazeti po pravilima međunarodnog prava, a ne samo neke norme međunarodnog prava određene nejasnim izrazima i restriktivnim pristupom.

Summary

Revision of the Constitution of the Republic of Serbia in the light of the internationalisation of constitutional law

Main thesis of the paper is that in the realm of law there is an ongoing process of the internationalisation. Internationalisation as a process can produce certain influence during the process of the forthcoming revision of constitution of Republic of Serbia. Within this paper, influence of the international law toward constitutional law is analysed in two aspects – as a factual internationalisation and as a normative internationalisation. Factual internationalisation is based on the already created normative internationalisation and in this paper it is studied through the work of the international organisations. Normative internationalisation that is embedded within the actual Constitution, presents the starting point for the analysis of existing concept and as a ground for the rethinking of the possible revisions. Goal of the paper is to provide deep analyses with the purpose of offering new approach for the forthcoming revision of the Constitution of the Republic of Serbia.